

## 資 料

〔外国文献紹介〕

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

「行為主義刑法——十分に尊重されている基本原則であろうか？」

松 原 芳 博

## 1 はじめに

犯罪として処罰の対象となるのは内心の思想や意思ではなく、外界において現実に現れた行為でなければならないとする行為主義（Tatprinzip）は、罪刑法定主義や責任主義とならぶ刑法の基本原則である。しかし、他の2つの原則とは異なり、刑法学上、行為主義が論じられることは稀であり、教科書等におけるその取扱いもきわめて小さい。しかも、行為主義が語られるのは、もっぱら「学派の対立」の文脈においてである。そこでは、近代学派の行為者主義と古典学派の行為主義とが対置され、行為者主義は徴憑主義および主観主義と同義であり、行為主義は現実主義および客観主義と同義であると説かれている。そして、学派の対立の終結にともない、行為主義と行為者主義との対立も前者の勝利のうちに終わったとされる。

しかし、行為主義を近代学派と古典学派との対立という歴史的な文脈においてのみ捉えるのは妥当でないであろう。罪刑法定主義や責任主義が原則的な承認を得てから久しいにもかかわらず、その現実の適用については今日なお重要な課題として論じ続けられていると同様に、行為主義に関しても、その具体的な適用について議論し検証すべきことは少なからず残されているのではないだろうか。

もっとも、行為主義の内容を何らかの身体の動静があれば足りるという趣旨で捉えるならば、その要請は現在の立法や法適用においては当然に充足されているのであって、その実現について特に検討すべき課題はないといえるかもしれない。しかし、行為主義を単なる身体の動静の要求へと矮小化することには問題がある。身体の動静のうち、「静」にほとんど限定機能がないことは別としても、たとえば一定の思想・心情を日記に書き綴ったり、独り言として口にしたりすることも「動作」にはほかならないから、外部的な態度を要求することだけでは思想

の不処罰を担保することはできないであろう。そもそも、行為者主義に立脚する近代学派も、行為者の反社会的な意思ないし性格の徴憑として外部的行為を必要としていたのであって、単に内心の意思のみで処罰することまで認めていたわけではない。にもかかわらず犯罪徴憑説が行為主義に反するとされるのは、行為主義が単なる外部的認識可能性ないし明確性の要請ではなく、行為の対外的作用を処罰根拠とすべきだとする実質的な要請に基づくことを示している。刑法は、人と人との関係、あるいは人と社会との関係を規律するものであるから、他人や社会に対して実質的作用を及ぼすものであって初めて刑法的な禁止の対象となり、行為が現実<sup>(3)</sup>に有している対外的な作用こそが処罰の根拠となるのである。このように行為が社会的外界に対して及ぼす<sup>(3)</sup>実質的な作用に処罰根拠を求めるべきとする原則こそが行為主義にほかならない。

このような行為主義の実質的理解からすると、形式的には外部的な身体的態度が存在しているとしても、それが未だ私的領域にとどまっており、社会的外界に対して作用を及ぼすに至っていない場合には、それを刑法上の行為として処罰の対象にすることは許されないのである<sup>(4)</sup>。また、外部的な身体的態度は単に刑罰権発動のきっかけにすぎず、処罰の実質的な根拠は行為者の危険性など行為の対外的作用以外に求めるというのも行為主義に反するものといわなければならない。

このように考えると、行為主義の充足は今なお自明のことではなく、むしろ危険社会論を背景とした処罰の早期化傾向の顕著な現在こそ重要な課題になっているといえるのではないだろうか。

ところで、わが国よりも処罰の早期化傾向が顕著となっているドイツにおいて、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュは、2002年に論文「行為主義刑法——十分に尊重されている基本原則であろうか?<sup>(5)</sup>」を公表し、行為主義刑法という観点から今日のドイツ刑法について詳細な検討を加えている。そこで、以下では、ヒルシュ論文を通じて現代における行為主義の意義と射程についての示唆を得ることにした。

## 2 ヒルシュ論文の概要

### I 行為主義をめぐる問題状況<sup>(6)</sup>

行為主義は、刑法の基本原理の一つに属している。これは、教科書類であまり多くの説明を要しないほど自明のものとされ、刑法典において随所で所為 (Tat) ないし犯罪行為 (Straftat) と規定しているのも行為主義を採用している証拠である。

行為主義刑法を放棄すべき理由は見当たらない。心情主義刑法は、刑法と道徳

の限界を不分明にし、思考や人格態度をも国家の規制下に置く。また、特別予防の観点を前面に押し出すと行為者主義刑法に至る。行為者主義刑法では、環境や危険性も考慮されるものの、やはり規範に対する行為者の態度が中心的な役割を演ずる。それゆえ、心情主義刑法と行為者主義刑法は、しばしば同一視されるが、いずれも過去のものとなっている。

たしかに、行為主義刑法は応報思想に歴史的起源を有している。刑罰によって報いることができるのは、遂行された行為に対してであって、心情や行為者の属性に対してではない。それゆえ、責任概念もまた行為関係的でなければならない。しかし、予防刑論が有力になっても、行為主義や行為責任に変更はなかった。フォイエルバッハは、法と道徳を峻別するという見地から、もっぱら外部的行為による権利侵害の点に処罰根拠を見出し、また、特別予防論を採用したリストも、刑法は犯罪者のマグナカルタであるという観点から行為主義を堅持した。フォイエルバッハの関心が法と道徳の区別にあったのに対して、リストは行為主義刑法の法治国家的側面に注目していた。他人ないし公共の法益を侵害する行為がない限り、国家によって処罰されるべきではない。人が将来行うであろうことではなく、人が現に行ったことが処罰の対象なのである。こうして、行為主義は、国家の行き過ぎに対する法治国家的な防壁をなすのであって、明確性の原則と責任原則を通じて間接的に憲法上も根拠づけられる。

問題は、行為主義がつねに立法や学説、実務で尊重されているかということである。主要な問題領域としては、不能未遂、心情要素、同時存在原則、刑の重さ（特に累犯）、裁量的な手続の打切りなどが考えられる。以下では、これらを検討することによって、通常標語的にのみ用いられている行為主義刑法、心情主義刑法、行為者主義刑法といった概念に、より精確な限界づけを与える手掛かりとしたい。

## II 行為主義の個別的な適用領域

### (1) 不能未遂

ドイツの実務は、以前から主観的未遂論を採用してきた。したがって、可罰的な未遂の成立にとっては、犯罪構成要件の実現を決意し、その決意を行動に移すこと（betätigen）、すなわち行為者の認識において構成要件実現の直接的開始があったといえることで十分であって、実行行為が客観的に構成要件実現の危険を含んでいることは必要ないとされる<sup>(1)</sup>。この見解に対しては、所為ではなく行為者のみを視野に入れたものであって、心情主義刑法に帰着するとの批判が寄せられてきた。

ところで、「可能」未遂の処罰根拠は、現実の構成要件該当行為の開始にあり、

その場合には事前判断による既遂到達への適性（具体的危険性）が決定的な役割を演じている。このような処罰根拠は、「不能」未遂のうち事前判断により既遂到達への適性が認められる場合（被害者が寝ているはずの時間にベッドに向けて発砲した場合など）にも充足される。この場合には、「可能未遂」と同様に、現実実現行為が存在するのであって、行為主義刑法の射程内にある。

これに対して、事前判断によっても既遂到達への適性を欠いた「危険でない未遂」は、心情主義刑法に基づくものではないだろうか。この場合、事前的な危険すら存在しないのであるから、構成要件該当行為の開始は存在せず、単に誤想されているだけである。そこには殺害行為、傷害行為、損壊行為等々の未遂といえるものは何もなく、危険なき意思表示動があるにすぎない。悪しき行為決意は、それだけでは可罰的たりえず（思想は罰せず）、客観的に実現されることを必要とする。ここでの決定的問題は、危険性を欠く不能未遂において、行為主義刑法の要請を充たすに足る意思の客観化が認められるかどうかである。

心情主義刑法と行為主義刑法との対立は、また、予備と未遂との限界づけにおいても問題となる。ここでは、意思の客観化はあるとしても、それが犯罪行為（Straftat）として十分かどうかが問題となる。（古い）純粋な主観説は、可罰性の範囲を、道徳的に非難されるにすぎないような領域、すなわち心情主義刑法の領域にまで早めることから、ほとんど支持されていない。したがって、現代的形態における主観的未遂論に依拠する場合にも、未遂の可罰性は、客観的に見て実行行為の開始といえる場合に初めて認めるべきである。しかし、この時点を描定するためには、具体的な危険性という客観的基準が中心的な役割を担うのである。

ところで、いくつかの犯罪については予備も罰せられているが、このような予備行為と危険でない未遂とを同列に論じることができない。予備行為は何らかのリスクのある行為であるのに対して、危険でない「未遂」は、まさに行為の時点で危険性を欠いていることを特徴とする。しかも、危険でない「未遂」は、もともと事前的観点からも事後的観点からも犯罪を実現する可能性を欠いているのだから、抽象的危険すら認められない。このような事態では、もっぱら不法中立的な行為によって示された悪しき意思が処罰されているのであって、心情主義刑法には適合するけれども行為主義刑法には適合しない。

判例の採用する主観説は、犯罪的な（法敵対的な）意思の表動に示された反抗的態度が法的に保護された秩序に対する危険を意味するという理由によって正当化されてきた。しかし、この理由づけは、具体的な行為ではなく、行為者を問題とするものにほかならない。ここでは、遂行された具体的行為の不法内容に対する非難ではなく、悪しき意思を行動に移すような人物からの将来的保護が理由と

されるのである。けれども、もっぱら人物の危険性を処罰根拠とするのは、行為主義刑法から行為者主義刑法への転換を意味する。行為主義刑法は、つねに非難されるべき行為を前提としなければならない。

以上のような「不能未遂」に関する考察は、同時に、アルミン・カウフマンを始祖とする主観的人的不法論が行為主義刑法とは調和し難いことを気付かせてくれる。この見解は、故意犯の不法にとっては主観説の意味における「不能未遂」の終了で十分だとすることによって心情主義刑法に至っている。

## (2) 心情要素

「心情要素」という概念そのものが、すでに行為主義刑法からの離反を示している。これは、ナチス時代の立法で登場したものであり、現行法では、「悪意をもって (böswillig)」（ドイツ刑法90条 a 1 項 1 号〔国家とその象徴に対する侮辱〕、130条 1 項 2 号〔民衆の扇動〕、225条 1 項〔保護を命じられた者の虐待〕）や、「殺人嗜好 (Mordlust)」「物欲 (Habgier)」「下劣な動機 (niedrige Beweggründe)」といった謀殺のメルクマール (211条 2 項)、「無謀に (rücksichtslos)」（315条 c 1 項 2 号〔道路交通に対する危険〕）などが挙げられる。

これらのうち「残虐に (roh)」や「無謀に」といった要素は、外部的な遂行態様によって決定しうるから、不法構成要件の要素として解釈することによって行為主義との調和を図るべきである。これに対して、大多数の心情要素では、不法の側面と責任の側面が交差するため、共犯の従属性等において困難な問題が生ずるばかりでなく、そもそも行為責任 (Tatschuld) において心情を考慮する余地があるのかという根本的な疑念が生じてくる。行為主義刑法における責任は、構成要件該当行為の不法へと関連づけられるものであって、行為の遂行に際して当該具体的な不法を認識し、かつその認識に従って動機づけることを意味するが、これと行為者心情とは区別されるべきである。加えて、心情要素には、裁判官に自由裁量を与え、法適用の平等を害するという点で法治国家的観点からも疑問がある。

## (3) いわゆる抽象的危険犯

抽象的危険犯を処罰する規定の増加は、このような構成要件がどこまで行為主義刑法に適合するのかという問題を意識させる。特定の行為客体に対する具体的な危険状態を実現する具体的危険犯とは異なり、抽象的危険犯は事前的に見て典型的に危険な行為を意味する。「抽象的危険犯」の構成要件該当性にとっては、抽象的な危険性、すなわち類型的な構成要件要素の実現で十分なのである。

近時、とりわけフランクフルト学派によって、新たな「抽象的危険犯」の創設

に見られる刑事刑法 (Kriminalstrafrecht) の前置化傾向に対する批判が提起され、行為主義との適合性が問題となっている。処罰の前置化は、遂行された抽象的危険犯に対する非難というよりも、むしろ予防を目的とする。予防理論にとって行為者主義刑法への傾倒は当然のことであった。前置化された処罰規定の多くは、侵害行為を行う可能性のある者あるいは侵害行為を行ったと疑われる者を刑事刑法によって捕捉することに役立つであろう。リストは、まさにこのような事態を懸念して行為主義刑法の必要性を説いたのであった。もっとも、「抽象的危険犯」の必要性は、道路交通法のような秩序違反法では争われず、刑事刑法においても完全に否定することはできない。そこで、「抽象的危険犯」は原則として秩序違反法に規定されるべきであって、これを刑事刑法に規定するためには、それが秩序違反法のレベルを超えていることを示す特別な理由を要求すべきである。その特別な理由とは、予想される被害の大きさや危険性の程度といった犯罪事実に特有のものでなければならず、単なる立証の便宜といったものでは不十分である。

さらに、次の 2 つの場合にも行為主義に対する違背が問題となり得る。第 1 は、法益侵害への具体的なリスクがまったく考えられず、抽象的、類型的にも禁止の対象たり得ない行為に刑罰を科すような場合である。たとえばスプレーによる落書きを防止するために、夜間スプレー缶を携帯することを処罰するような規定を導入するとすれば、そこには犯罪行為 (Tat) といえるものは何も含まれていないであろう。第 2 は、単に抽象的にのみ危険な行為である。たしかに、抽象的危険犯の構成要件に該当する行為の多くは、事前的観点から見て具体的なリスクを含み、犯罪行為としての特性を示している (酩酊運転 [316 条] は、通常、誰かを害する具体的なリスクを含んでいる)。けれども、これらの構成要件は抽象的な危険性のみで充足されるため、具体的なリスクが存在せず単に規範に対する不服従だけしか認められない事案でも抽象的危険犯が成立し得ることになる。しかし、規範に対する不服従だけでは行為主義刑法にとって十分でない。この場合、法益の侵害に関して具体的なリスクをもたらすものは何もないからである。これに対して、絶対的禁止によって保護すべき高次の価値もあり、これに対する違反は当罰的かつ要罰的といえるという反論も予想される。たしかに、絶対的禁止には一定の正当性を認め得るかも知れないが、それを刑事刑法によって保障することの正当性は別である。刑事刑法にとっては、少なくとも (事前的に) 危険な行為として外部的に顕現した犯罪行為 (Straftat) が必要であると解される。

なお、「アウシュヴィッツの嘘」に関する 130 条 3 項は、ナチスの支配下で行われた民族虐殺の事実を否定することを処罰しているが、歴史的<sup>(8)</sup>事実を単に否認するという行為形態にはそもそも何ら犯罪行為といえるものは含まれていないので

あって、その処罰を刑法上の行為主義から正当化することはできない。

#### (4) 同時存在原則

刑法典における故意および責任に関する規定（16条以下）は、それらの要素が「所為（Tat）の遂行時点で」存在しなければならないことを明示的に規定している。ここで表明されている同時存在原則は、所為に関連づけられた責任主義の帰結にほかならない。

同時存在原則は、近時、原因において自由な行為との関係で議論のテーマとされる。すなわち、原因において自由な行為という法形象は、所為（Tat）の不法より以前の先行責任を問うものであって同時存在原則に反するのではないのかが問題となるのである。

この点につき、通説は、原因において自由な行為を法律上の規定がなくとも妥当し得る法原則と解している。伝統的な立場は、「構成要件モデル」からこれを基礎づけ、間接正犯において利用行為の時点ですでに正犯者の不法な所為があることを援用して同時存在原則との適合性を論証しようとする。一方、「例外モデル」は、同時存在原則につき慣習法上の例外を認めることによって、原因において自由な行為の現行法上の正当化を試みている。この立場は、総則規定に関しては被告人に不利益な方向においても慣習法に依拠し得るという前提に立つ。しかし、総則規定も可罰性の範囲を画するものであるから、罪刑法定主義の要請に服さねばならない。未遂犯や過失犯の可罰性を法律に規定された範囲を超えて拡大したり、法律上の正当化事由や免責事由を法の文言を逸脱して縮小したりすることは許されないのである。さらに、「拡張モデル」は、20条の所為概念を拡張することによって、原因において自由な行為を基礎づけようとする。しかし、この立場は偽装された「例外モデル」にほかならない。この立場が「構成要件モデル」と異なり、原因において自由な行為では先行責任が問われると考えている以上、所為概念の拡張は同時存在原則からの根本的な逸脱を意味する。この立場からは、所為概念の拡張は同様の表現を用いている他の規定にも及ぶことにならざるをえないが、それによって行為主義は空洞化されることになろう。

そこで、構成要件モデルに従わない者は、先行責任を問うために、同時存在原則に対する法律上の例外規定を設けようとするかもしれない。しかし、行為主義はすべての刑事立法の基礎であるから、立法によって問題が解消されるわけではない。もっとも、原因において自由な行為の枠内において構成要件モデルによる解決を明確化するような法規定であれば、行為責任原則との調和はなお維持されるであろう。これに対して、自ら招いた責任無能力については20条の責任無能力規定は適用されないとする立法には重大な疑問がある。このような立法によれ

ば、故意犯と過失犯のいずれで罰せられるかは責任無能力状態で遂行された酩酊犯行の時点の心理状態によって決まり、過失で責任無能力状態に陥って故意の殺人を犯した者は過失致死罪ではなく殺人罪で罰せられることになってしまう。これは、同時存在原則に反する帰結である。構成要件モデルによれば、故意か過失かは責任能力のある状態で行われた原因行為時の心理状態によって決まるのに対して、このような立法では、先行責任が所為の時点における責任能力の欠如に対する補完物とされている。これは、行為者に注目するあまり、酩酊下で行われた所為が現実責任無能力であったことを看過するものである。さらに、酩酊事例のみならず、有責に招いた責任無能力一般や、その他の責任阻却事由に関してまで、先行責任によって行為時における責任の欠如を補完することを認めるならば、行為主義刑法から完全に決別することになるであろう。

#### (5) 刑の重さ (特に累犯)

19世紀に行為主義と行為者主義の対立が論じられたときには、累犯が重要な役割を演じていた。そこでは、累犯に対して、有罪の対象となる所為の責任よりも重い刑を言い渡すことが行為主義刑法に適合するのかが争われた。リストは、行為主義はもっぱら刑罰の成立要件について妥当するものであって、刑罰の量には妥当しないと考えた。しかし、量刑責任もまた個別行為から切り離すことはできない。量刑責任は、犯罪成立要件としての責任よりは包括的であっても、やはり遂行された個別行為に対する非難に関わるものであって、所為と関連する全体事象にしか及び得ない。46条1項は量刑の基礎は行為者の責任であると規定するが、これは刑罰が遂行された所為に関する責任を超えてはならないということの意味している。したがって、累犯は、所為に対する責任の範囲内で考慮されなければならない。判例は、以前に刑を科されたという事実を刑罰加重的事情として考慮してきたが、むしろ以前の処罰によって覚醒されることなく今回の所為を遂行したことを問題とすべきである。それゆえ、現行ドイツ刑法とは異なり、累犯に対して加重された処断刑を適用する法律は、もはや行為主義刑法ではなく、行為者主義刑法であるといわねばならない。なぜなら、加重された処断刑は、遂行された所為に対する非難ではなく、もっぱら行為者による新たな犯行を阻止するための予防的措置にほかならないからである。

46条によって原則的に所為との関連性が保障されているドイツ法で問題となるのは、責任相応刑を超えるような刑を上限とする広範な法定刑である。たとえば、刑の上限が5年から10年に引き上げられた危険な傷害(224条新規定)などが問題になる。「責任相応」という概念が幅広い解釈の余地を残していること、実務では行為よりも行為者に関心を示す傾向があることからすれば、このような幅



広い法定刑は、責任相応性よりも予防目的を優先させる誘引となろう。

#### (6) 金銭の支払いによる手続の打ち切り

行為主義刑法の間接的な弱体化は、刑事訴訟法の領域でも見出される。国や公益の機関への金銭の支払いを前提とした裁量的な手続の打ち切り（刑事訴訟法153条a 1項2号<sup>(9)</sup>）において、起訴にとって必要な程度の嫌疑が存在していなかったというケースが数多く報告されている。被疑者は、引き続き捜査を受けて場合によっては起訴されるのか、それとも金銭を支払う代わりに手続を停止してもらうのかという二者択一を迫られる。必要な資金を調達できる者は、いち早く訴追機関との関わりから逃れるために金銭の支払いの方を選ぶであろう。この場合、金銭の支払いは刑罰的な害悪という性格を帯びているにもかかわらず、前提となる犯罪行為は必ずしも十分に立証されていない。それゆえ、ここでは行為主義刑法や、そこから帰結される責任主義刑法など語り得ないのである。

### III 結語

今こそ、行為主義刑法によって設定された限界について刑法学の見地から注意を喚起しなければならない。立法者も裁判所も、刑法の基本原則を意のままに処分する自由裁量は有しない。学説も、個別具体的な場合における基本原則からの逸脱は不可避であるとか無害であるとかいうことは許されない。ここでは、例外は原則を確認するのではなく本質的な矛盾に至るのである。

## 3 若干のコメント

ヒルシュ論文からは、行為主義が現在もなお解釈論や立法論の広範な問題領域において重要な機能を営んでいることを知ることができる。ヒルシュによって問題とされた行為主義の適用領域は、行為による社会的外界への作用の要請に関わる問題と、行為主体の関与の要請に関わる領域に大別できよう<sup>(10)</sup>。

不能未遂や抽象的危険犯は、外界への有害な作用を欠くかまたは不十分である点で、その処罰の正当性が問題視されている。また、心情要素についても、外界への作用を伴わない要素によって刑罰を基礎づけたり加重したりすることの正当性が問われている。累犯加重も、外界への有害な作用としての行為ではなく、将来に向けた行為者の危険な性向を加重根拠とするのではないかという疑念がある。

一方、同時存在原則<sup>(11)</sup>では、主として、外界への有害な作用がどこまで行為主体の意思活動の所産といえるかという点が問われている。また、金銭の支払いによ

る手続の打切りも、行為主体の関与に関して疑念を抱かせるものといえよう。

以下では、前者の「外界への作用の要請」に関して若干のコメントを加えた  
い。

まず、ヒルシュは、不能未遂を処罰する明文規定のあるドイツにあって、不能未遂のうち事前判断による危険すら存在しないものを処罰することは行為主義に反するとして、わが国における具体的危険説に近い基準で処罰の限界を画そうとする。この点に、「行為主義」というものが単に人間の意思発動としての狭義の行為を要求するものにとどまらないことが示されている。(事前的な) 危険性を欠いた迷信犯のような行為であっても意思に基づく身体運動であることに変わりはない。にもかかわらず、危険性を欠いた不能未遂の処罰が行為主義に反するというのは、「行為主義」にいう「行為 (Tat)」が外界への作用をその内容に含むからにはかならない。外界への実質的作用を欠く行為を処罰するとすれば、それは行為者の危険な性格あるいは悪しき心情を処罰根拠とするほかないであろう。

もっとも、外界への実質的作用という観点から見ると、一般人の認識に基づく事前判断としての具体的危険説もまた一般人の主観に投影された現実を問題とするものであって、行為主義の要請を完全に充たすためには、より客観的な危険判断が要請されるとする見方もあると思われる。

ヒルシュは、また、抽象的にのみ危険な行為の処罰は単なる不服従を罰するものにほかならないとし、抽象的危険犯を原則として秩序罰の対象とするにとどめ、刑事罰の対象からは除外すべきだとする。ここでも、外界への作用が重要であることを読みとることができる。わが国では、抽象的危険犯の成立については、解釈論上、一定の危険の発生を要求し、まったく危険を生じさせなかった場合には処罰の対象から除外すべきだとする主張がなされてきたが、この主張は行為主義の要請からも根拠づけることができよう。<sup>(12)</sup>

ところで、近時の日本の刑事立法においても、危険社会論を背景にして、抽象的危険犯という形式による処罰の早期化傾向が顕著となっている。ここでは、本来の法益侵害との関係では予備ないしそれ以前の段階にとどまる行為が独立の抽象的危険犯として処罰の対象とされ、しばしば犯罪に用い得る一定の物ないし情報の提供・取得や所持・保管を構成要件化する立法形式が採用されている。<sup>(14)</sup>

たしかに、これらの立法でも外部的な身体の動静は必要とされている。しかし、こういった「所持」や「保管」等に代表される前置化された構成要件が、真に行為の社会的・外界への作用としての法益の侵害・危殆化を処罰根拠とするのか、それとも行為者の悪性を処罰根拠とするものなのかについては、なお慎重な検討を要するであろう。「所持」や「保管」は、本来、社会的・外界に顕現する以前の私的領域にとどまるものであって、その犯罪化には行為主義との関係で特別

の正当化を必要とするように思われる。<sup>(15)</sup>

さらに、平成16年の第159回国会に提出された「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」では、犯罪の実行行為に至らなくても共謀段階で犯罪の成立を認める共謀罪の創設も提案されている。共謀罪を行為主義と調和させるためには、少なくとも顯示行為<sup>(16)</sup> (overt act) を要求すべきであるが、この顯示行為は単なる共謀関与者の悪性の徴憑としてではなく、外界への作用という観点から、共謀罪の処罰を正当化しうるだけの法益侵害の危険を含むものとして捉えなければならないであろう。

そのほか、組織犯罪処罰法による組織犯罪の刑の加重や、いわゆる新潟女性監禁事件で示された併合罪加重の方法<sup>(17)</sup>も、行為主義との関係で検討を要するように思われる。

- (1) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（2002年）96頁参照。
- (2) 日記に天皇を批判する文章を書いた者を不敬罪で処罰したものと、大判明治44年3月3日刑録17輯258頁。
- (3) このような行為主義の実質的理解については、宮内裕「現代刑法における行為責任主義の原則」『現代法 11』（1965年）137頁以下、中山研一『刑法総論』（1982年）74頁以下、梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（2001年）1頁以下、生田・前掲注（1）53頁以下参照。
- (4) Vgl., Günter Jakobs, *Kriminalisierung im Forfeld einer Rechtsgutverletzung*, ZStW. Bd. 97 (1985), S. 753ff.
- (5) Hans Joachim Hirsch, *Tatstrafrecht — ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*, Festschrift für Klaus Lüderssen (2002), S. 253ff.
- (6) なお、I、II、IIIの見出しは紹介者が付したものである。
- (7) ドイツ刑法23条3項は、「行為者が、著しい無知のために、行為遂行の対象または手段の性質上およそ既遂に至り得ないことを知らなかったときは、裁判所は、刑を免除し、または減輕することができる」と規定しており、不能犯が可罰的であることを前提としている。
- (8) ドイツ刑法130条3項は、「ナチス支配下で行われた、刑事国際法典6条1項〔民族謀殺〕に掲げられた種類の行為を、公共の平穩を害するような態様で、公然と、もしくは集会において是認し、その存在を否定し、または無害のもののごとく述べた者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する」と規定している。
- (9) ドイツ刑事訴訟法153条 a 1項は、「公判手続の開始について管轄を有する裁判所および被疑者の同意の下に、検察官は、軽罪について、次に掲げる賦課または遵守事項を被疑者に課すことによって、軽微な責任についての刑事訴追に存する公益に代えることができるときには、仮に公訴を提起しないこととするとともに、被疑者に、①所為により惹起された損害の賠償のための一定の給付を行うこと、②公益団体または国庫に一定の金額を支払うこと、③その他の公益的給付を提供すること、④一定限度における扶養義務を履行すること、〔以下略〕を命ずることができる」と規定している。
- (10) 行為概念の2つの含意については、松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』（2002年）25頁参照。

- (11) 同時存在原則を扱った近時の邦語文献として、高橋則夫「犯罪論における同時存在原則とその例外」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』(2002年) 47頁以下。
- (12) 岡本勝「『抽象的危殆犯』の問題性」法学38巻2号(1974年) 122頁以下など。
- (13) 金尚均「危険社会と刑法」(2001年) 1頁以下、新谷一幸「法益保護の早期化傾向について——ヤコブスの所説に関して」修道法学11巻1号(1989年) 73頁以下、浅田和茂「刑法的介入の早期化と刑法の役割」井戸田侃先生古稀祝賀論文集『転換期の刑事法学』(1999年) 723頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報927号(2003年) 15頁以下など参照。
- (14) たとえば、平成11年の不正アクセス行為の禁止等に関する法律(法律128号)では識別符合等の提供といった不正アクセスを助長する行為が刑罰の対象とされ(4条)、平成13年の「刑法の一部を改正する法律」(法律97号)では支払用カード電磁的記録の不正作出、譲り渡し、貸し出し、輸入(刑法163条の2)、所持(163条の3)、支払用カード電磁的記録不正作出目的での情報の取得もしくは保管または器械・原料の準備(163条の4)が犯罪化されるに至った。また、平成16年の第159回国会には、いわゆるコンピュータ・ウィルスを作成、取得、保管することを犯罪化することなどを内容とする「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」が提出されている。
- (15) 所持の犯罪化が行為主義との関係で問題を含んでいることにつき、松原・前掲注(10) 26頁参照。特に児童ポルノ禁止法の改正をめぐって議論されている単純所持・保管の犯罪化には問題があるように思われる。なお、「所持」の行為性については、行為主体の関与という観点からも問題がある(松原・前掲注(10) 26頁以下参照)。
- (16) 松宮孝明「『共謀罪』および国際組織犯罪対策のための刑事立法の動向」法学セミナー590号(2004年) 62頁参照。
- (17) 最高裁平成15年7月10日判決(刑集57巻7号903頁)は、法定刑の上限が10年である監禁致傷罪に2500円相当の窃盗罪を併合罪として加えることによって懲役14年を言い渡した第一審の判断を維持したが、法定刑は個々の行為ごとに定められているのであるから、各犯罪に規定された法定刑の枠を取り払って刑を量定することは、実質的に見て行為主義に反する疑いがある(本判決の問題点については、曾根威彦「併合罪加重における罪数処理—新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として」現代刑事法54号(2003年) 44頁以下、井田良「併合罪と量刑—『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐって」ジュリスト1251号(2003年) 74頁以下、松宮孝明「刑法47条による併合罪加重の方法」法学セミナー587号(2003年) 116頁、城下裕二「併合罪規定の解釈と量刑理論—新潟女性監禁事件最高裁判決の検討」刑事弁護36号(2003年) 12頁以下、岡上雅美「併合罪の場合における量刑判断の方法—新潟女性監禁事件」判例セレクト2003年(法学教室282号(2004年)別冊付録) 30頁、只木誠「刑法47条の法意」平成15年度重要判例解説(2004年) 162頁以下など参照)。